

# VU Research Portal

## Case note: Rechtbank Rotterdam

Kuiper, S.H.; Voerman, J.A.

2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Kuiper, S. H., & Voerman, J. A., (2012). *Case note: Rechtbank Rotterdam*, No. 17, Nov 17, 2011. (Jurisprudentie onderneming & recht; Vol. 2012).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Toezicht op pensioenadvies

S.H. (SIJBREN) KUIPER EN J.A. (ARNO) VOERMAN

IN JANUARI 2012 VERSCHENEN IN JURISPRUDENTIE ONDERNEMING &  
RECHT ALS NOOT BIJ JOR 2012/17 RECHTBANK ROTTERDAM, 17  
NOVEMBER 2011, LJN BU5317, AWB 11/1894 BC-T2

*Overtreding van art. 4:23 Wft, Onjuiste advisering over pensioenproduct, Bestuurlijke boete, Beroep gegrond voor zover het ziet op vroegtijdige publicatie van het boetebesluit.*

1. Pensioen is voor sommigen een arbeidsvoorwaarde. Voor anderen een financieel product. Een product dat de werkgever inkoopt, waarover de adviseur adviseert en dat de pensioenuitvoerder aanbiedt en uitvoert. Reeds deze verschillende betrokken belanghebbenden en activiteiten maken pensioen complex. Is de arbeidsvoorwaarde pensioen of uitvoering daarvan evenwel een financieel product of wellicht zelfs een complex product in de zin van de Wet op het financieel toezicht (Wft)? En moet daarom degene die adviseert over (uitvoering van) de arbeidsvoorwaarde pensioen zich houden aan de know-your-customer regel van art. 4:23 lid 1 Wft? In de hierboven afgedrukte uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 17 november 2011 spelen beide vragen. Wij plaatsen bij de beantwoording door de rechtbank enige kanttekeningen.

2. De AFM legt een boete op van € 30.000 aan een financieel tussenpersoon in verband met pensioenadvies. Daarbij voert de AFM aan dat de tussenpersoon aan vier werkgevers een bepaald pensioenproduct heeft geadviseerd, waarbij deze tussenpersoon in drie van de vier door de AFM onderzochte dossiers geen dan wel onvoldoende informatie heeft ingewonnen. Volgens de AFM is daarom art. 4:23 lid 1 Wft overtreden. De Rechtbank Rotterdam bevestigt het oordeel van de AFM. De door de AFM opgelegde boete is naar het oordeel van de rechtbank passend. Overigens heeft de tussenpersoon eerder – zo blijkt uit het vonnis – bij de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank met succes schorsing van de vroegtijdige publicatie van het boetebesluit als bedoeld in art. 1:97 Wft verzocht. Op welke gronden de voorzieningenrechter tot schorsing is gekomen, blijkt niet uit het vonnis. Omdat het gaat om gedragingen van vóór 1 augustus 2009 is het nieuwe boetestelsel (met aanmerkelijk hogere boetes) niet van toepassing.

3. Bij pensioen zijn er tenminste drie relevante rechtsverhoudingen. De eerste betreft die tussen de werkgever en de werknemer. De afspraken tussen hen over (toekenning van) pensioen worden vastgelegd in de pensioenovereenkomst. De tweede rechtsverhouding betreft die tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder (een pensioenfonds of verzekeraar).

De afspraken tussen hen worden vastgelegd in een uitvoeringsovereenkomst (of ook wel: pensioenverzekeringsovereenkomst). De derde relatie is die tussen pensioenuitvoerder en werknemer. Deze relatie wordt vastgelegd in het pensioenreglement. Zowel pensioenovereenkomst, uitvoeringsovereenkomst als pensioenreglement zijn nader gereguleerd in de Pensioenwet.

4. De boete is opgelegd wegens onjuist adviseren over een “pensioenproduct” (r.o. 2.2). Dit brengt al meteen de vraag mee op welk product(en) het advies zag. Uit het vervolg van het vonnis blijkt dat het ging om uitvoeringsovereenkomsten tussen werkgevers en pensioenuitvoerders. Dergelijke uitvoeringsovereenkomsten worden in eerste instantie gereguleerd door de artikelen 23 tot en met 31 van de Pensioenwet. Daarin zijn de plichten van de werkgever en de voorgeschreven inhoud van de uitvoeringsovereenkomst neergelegd. Kennelijk stond niet ter discussie dat de uitvoeringsovereenkomst als een verzekeringsovereenkomst moet worden gezien en daarom als financieel product kwalificeert waarop de Wft van toepassing is.

5. Indien uitsluitend aanbevelingen worden gedaan over de arbeidsvoorwaardelijke kant van pensioen – dat is de inhoud van de (collectieve arbeids/pensioen)overeenkomst tussen werkgever en werknemer – heeft dat weinig met verzekeren van doen. Er is in dat opzicht ook weinig aan de hand indien men in meer algemene termen aanbevelingen doet over de uitvoerings- of onderbrengingsvorm die zou kunnen passen bij de door een werkgever aan zijn werknemers aangeboden pensioenregeling. Anders wordt het bij een aanbeveling over een pensioenregeling die niet alleen arbeidsvoorwaarden adresseert, maar zich tevens richt op (het vormgeven van) een specifieke collectieve pensioenverzekering. Adviseren over een verzekering en het doen van aanbevelingen over arbeidsvoorwaarden vermengen in dat geval. Hierbij kan men denken aan aanbevelingen over het wijzigen van een pensioenreglement of pensioenovereenkomst die gepaard gaan met aanbevelingen over wijzigingen of verlenging van een uitvoeringsovereenkomst. Wil men vaststellen of een pensioenproduct een financieel product is (en dus aanbevelingen daarover aan de Wft-normen behoren te voldoen), dan vergt dat een precieze bestudering van dat pensioenproduct.

6. Blijkens de uitspraak concentreerde het debat tussen de tussenpersoon en de AFM zich primair op de vraag of de tussenpersoon een beroep toekomt op art. 41 lid 2 van de Vrijstellingsregeling Wft. Volgens deze bepaling zijn financiële dienstverleners vrijgesteld van art. 4:23 lid 1 en 2 Wft voor zover zij financiële diensten (bijv. advies) verrichten met betrekking tot financiële producten, behoudens een aantal

uitzonderingen. Valt een product onder één van de uitzonderingen, dan is art. 4:23 Wft gewoon van toepassing. Kennelijk heeft de AFM ten eerste gesteld dat de uitvoeringsovereenkomsten kwalificeren als een complex product als bedoeld in het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) en art. 41 lid 2 aanhef en onderdeel a van de Vrijstellingsregeling Wft. Voorts beroept de AFM zich op de uitzondering van onderdeel f, te weten: “verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een cliënt.”

7. De rechtbank oordeelt met de AFM dat het geadviseerde pensioenproduct in kwestie een complex product is. Rechtsgevolg daarvan is dat adviseren daarover uitgezonderd is van de vrijstelling op art. 4:23 Wft. Bijzonder is hoe de Rechtbank Rotterdam tot deze conclusie komt. De redenering bestaat uit twee stappen. Allereerst wordt vastgesteld dat een pensioenovereenkomst in de zin van de Pensioenwet kwalificeert als overeenkomst van levensverzekering in de zin van de Wft (r.o. 2.6). Een levensverzekering is een complex product op grond van art. 1 Bgfo. Voorts oordeelt de rechtbank dat tussen uitvoeringsovereenkomst, die strekt tot verzekering van de pensioenovereenkomst, en pensioenovereenkomst een onlosmakelijk verband bestaat (r.o. 2.7). Zonder nadere motivering, stelt de rechtbank vervolgens vast dat de uitvoeringsovereenkomst derhalve een complex product behelst (zodat de tussenpersoon geen beroep op de vrijstelling kan doen).

8. De redenering van de rechtbank kunnen wij niet goed volgen. Een pensioenovereenkomst in de zin van artikel 1 Pensioenwet is geen verzekering, laat staan een levensverzekering. Een pensioenovereenkomst is “hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen”. De Pensioenwet laat vervolgens drie smaken toe: (a) een uitkeringsovereenkomst, (b) een kapitaalovereenkomst of (c) een premieovereenkomst (art. 10 Pensioenwet). Dit betekent dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer bij pensioneren een uitkering van een bepaalde hoogte tegemoet kan zien (optie a), tegen die tijd een afgesproken kapitaal bestemd voor inkoop van pensioen kan verwachten (optie b) of aanspraak maakt op het door de werkgever afdragen van een premie om te zetten in pensioen (optie c).

9. Geen van deze pensioenovereenkomsten kwalificeert als verzekering. Aan de voorwaarden van art. 7:925 BW wordt niet voldaan. Ten eerste verbindt de werkgever zich niet jegens de werknemer tot het doen van een of meer uitkeringen. De onderbrengingsplicht van art. 23 Pensioenwet staat daaraan in de weg. Met de pensioenovereenkomst verbindt de werkgever zich hoogstens tot het voldoen van premies en bijdragen aan een pensioenuitvoerder onder de voorwaarde dat deze

uitvoerder zich verbindt tot het doen van uitkeringen. Voorts houdt de werkgever wellicht een bedrag in op het loon van de werknemer om dat als premie te voldoen aan een uitvoerder, maar deze premie komt niet ten gunste van de werkgever. De werkgever is gehouden de voor pensioen bestemde gelden van het ondernemingsvermogen te scheiden door onderbrenging bij een pensioenuitvoerder (art. 23 Pensioenwet). Mogelijk dat sprake is van een slip of the pen en dat de rechtbank in r.o. 2.6 had willen overwegen dat de uitvoeringsovereenkomst (en niet de pensioenovereenkomst) kwalificeert als een levensverzekering (maar dan zou r.o. 2.7 overbodig zijn geweest).

10. Is (wel) juist dat een uitvoeringsovereenkomst kwalificeert als levensverzekering en daarmee als complex product? Denkbaar is dat de uitvoeringsovereenkomst elementen van een verzekering of levensverzekering in zich draagt (vgl. uitvoerig E. Lutjens en S.H. Kuiper, 'Pensioenwet en privaatrecht', NTBR 2008/2, p. 76-93). De uitvoeringsovereenkomst houdt voor de pensioenuitvoerder veelal de verplichting in tot het doen van uitkeringen aan de pensioengerechtigden. Veelal is deze verplichting nader gereguleerd in een pensioenreglement of pensioenregeling, maar is de uitvoeringsovereenkomst daarmee verknoopt. Vermoedelijk zal de werkgever zich bij de uitvoeringsovereenkomst verplichten tot betalen van premies en bijdragen. Hij is daartoe immers verplicht (art. 25 Pensioenwet). Voorts ontbreekt zekerheid dat en tot welk bedrag de uitkering gedaan moet worden en zekerheid over hoe lang premiebetaling zal duren. Bepalend is het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd door een deelnemer (ouderdomspensioen), zijn arbeidsongeschiktheid (arbeidsongeschiktheidspensioen) of zijn overlijden (nabestaandenpensioen).

11. Het is echter geen uitgemaakte zaak dat een uitvoeringsovereenkomst kwalificeert als een (levens)verzekering. De overeenkomst kan zich beperken tot administratie en beheer van pensioengelden gecombineerd met een opdracht aan de uitvoerder deelnemers en nabestaanden bij de pensioenregeling als begunstigde voor een uitkering aan te wijzen. Dat is zelfs aannemelijk in de gevallen waarin de pensioenuitvoerder een zogenaamde premie pensioeninstelling (PPI) is. Het is een PPI immers niet toegestaan verzekeringstechnisch risico te dragen. Alleen uitleg en analyse van de te adviseren uitvoeringsovereenkomst geeft de doorslag (en dat ontbreekt nu juist in de uitspraak).

12. De rechtbank laat in het midden of de uitvoeringsovereenkomst valt onder de niet-vrijgestelde categorie "verzekeringen in verband met het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het inkomen van een cliënt" (zie hiervoor onder 6). Tegen het beroep van de AFM op de betreffende

bepaling valt het nodige in te brengen. Als al sprake is van verzekering, dan nog gaat het niet om het eigen inkomen van de werkgever (die in relatie tot de tussenpersoon als cliënt moet worden gezien), maar om verzekering in verband met het inkomen van werknemers of hun nabestaanden. Wel is het zo dat de toelichting op de Vrijstellingsregeling Wft vermeldt dat ten aanzien van deze uitzondering op de vrijstelling (ook) gedacht kan worden aan bijvoorbeeld pensioenverzekeringen en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, ook indien deze verzekeringen collectief door een werkgever worden afgesloten ten behoeve van zijn werknemers. Maar dezelfde toelichting geeft ook weer aan dat op andere verzekeringen die een werkgever afsluit de adviesregels niet van toepassing zijn (Stcrt. 23 november 2006, nr. 229, blz. 20). De rechtbank had ter zake pensioen duidelijkheid kunnen geven over de vraag of de op zich duidelijke tekst van de vrijstellingsregeling prevaleert.

13. De tussenpersoon betoogde ook dat de AFM onvoldoende rekening heeft gehouden met de toevoeging “voor zover redelijkerwijs relevant” in art. 4:23 lid 1 Wft. Kennelijk ging het om verlengingen, dan wel wijziging van bestaande uitvoeringsovereenkomsten voor bestaande pensioenovereenkomsten. De rechtbank oordeelt met de AFM dat de tussenpersoon wel degelijk informatie had moeten inwinnen over de financiële positie of de risicobereidheid van de werkgever omdat daarin in de loop der tijd een wijziging kan optreden. De rechtbank voegt daaraan toe dat de wijzigingen niet minimaal waren. Zij strekten ertoe de kosten van pensioenvoorziening voor de werkgever beter beheersbaar te maken en de verzekering van de onderliggende pensioenaanspraken te optimaliseren. In twee andere gevallen strekte het advies ertoe de uitvoeringsovereenkomst over te zetten naar een andere pensioenuitvoerder. Verder biedt de uitspraak geen inzichten. Ook dat is jammer. Zo wordt niet duidelijk of de tussenpersoon vanwege eerdere adviezen al beschikte over de relevante informatie. In dat geval zou wellicht verdedigd kunnen worden dat de tussenpersoon niet nogmaals hoefde te vragen naar de informatie waarover zij al beschikte. Verder speelt natuurlijk dat de werkgever gebonden is aan de pensioenovereenkomsten met zijn werknemers. De financiële last voor de werkgever is daardoor al bepaald. Verdedigd is dat het duiden van de financiële positie van de onderneming bij bijvoorbeeld een verlenging niet relevant is voor het advies over de uitvoeringsovereenkomst (zie daarover uitgebreider Van Woerden, Borg financiële positie van een onderneming, Pensioenadvies, augustus 2010, p. 13).

14. De tussenpersoon beriep zich ook op het ontbreken van verwijtbaarheid. Ook daar gaat de rechtbank niet in mee. Volgens de rechtbank is niet sprake van een pleitbaar standpunt. De tussenpersoon zou haar standpunt voor het eerst in de procedure hebben geformuleerd, terwijl zij voorts heeft nagelaten het standpunt van de AFM in te winnen.

Bovendien kent de rechtbank gewicht toe aan het feit dat de tussenpersoon al eerder betrokken is geweest in een onderzoek van de AFM naar hypotheekadvisering. Gelet op het rapport van bevindingen van de AFM, had de tussenpersoon redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn van de wijze waarop de AFM invulling geeft aan art. 4:23 lid 1 Wft. Zonder nadere motivering, is deze laatste overweging onbegrijpelijk. Dat uit een rapport ten aanzien van hypotheekadvies blijkt dat pensioenadvies onder art. 4:23 lid 1 Wft valt, ligt niet voor de hand (tenzij de AFM dat op die manier heeft gesteld, maar dat blijkt niet). Voorts vinden wij in zijn algemeenheid dat waar het gaat om regelgeving die voor meerdere uitleg vatbaar is, het niet vragen van het standpunt van de toezichthouder (in casu de AFM) niet een beslissende factor mag zijn.

15. Wat nu van deze uitspraak te vinden? In de praktijk bestaat behoefte aan duidelijkheid over de toepasselijkheid van (bepaalde regels van) de Wft op pensioen(advies). Niet in het minst vanwege de aankomende Wft-pensioenmodule (per 1 januari 2012 is daarvoor in het BGfo voor het eerst een definitie van pensioenverzekering opgenomen, zie Wijzigingsbesluit financiële markten 2012, Stb. 2011, 515). De Rechtbank Rotterdam had met deze uitspraak enkele piketpalen (of voorzichtig: enkele paaltjes) kunnen slaan, maar laat dat na. Door in het vonnis uitgebreider in te gaan op de aard van de adviezen en de in casu geadviseerde pensioenproducten, had meer duidelijk kunnen zijn over de lastige scheidslijn tussen adviseren over arbeidsvoorwaarden en adviseren over uitvoering daarvan. Ook de reikwijdte van art. 41 Vrijstellingsregeling Wft ter zake pensioen had gemarkeerd kunnen worden. Al met al een gemiste kans.